

LA LIBERTAD DE DESPLAZAMIENTO DEL CIUDADANO EUROPEO Y DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES ASIMILADOS*

Juana Goizueta Vértiz

Prof. Agregada de Derecho Constitucional de la Universidad del País Vasco

SUMARIO: I. Introducción. II. Análisis del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo: A. El contenido del derecho; B. Las diferentes vías de disfrute del derecho. 1) La vía directa: algunas consideraciones acerca de la ciudadanía de la Unión y su controvertible relación con la nacionalidad estatal. 2) La vía indirecta: los nacionales de terceros países asimilados. a) La vía de los Acuerdos celebrados con terceros Estados. b) La vía del reagrupamiento familiar. III. Algunas reflexiones conclusivas. IV. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En el vigente estadio del proceso de integración regional europeo, en general, la protección de los derechos humanos y, en particular, la ciudadanía de la Unión sigue constituyendo uno de los puntos neurálgicos de la etapa de construcción de la Unión Política. Un estatuto que se reconoce, por primera vez, en un instrumento de Derecho originario con la aprobación del Tratado de la Unión Europea en 1992 (en adelante, TUE¹). En concreto, es el Proyecto de TUE, presentado por la presidencia

* El presente trabajo ha sido realizado en el marco de la Acción Complementaria “La libre circulación de personas en los sistemas de integración económica: modelos Comparados” (DER 2010-11901-E) y del Proyecto de Investigación “Las implicaciones constitucionales de los procesos de integración en América Latina: un análisis desde la Unión Europea” (DER 2008-04499/JURI) ambos concedidos por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

¹ Tratado de la Unión Europea que fue ratificado por España mediante la Ley Orgánica 10/1992, de 28 de diciembre (BOE, núm. 312, de 29 de diciembre de 1992). Si bien, hay que tener en cuenta que su entrada en vigor se produjo el 1 de noviembre de 1993.

luxemburguesa, el que incorpora la ciudadanía de la Unión aunque, ha de hacerse notar, que se opta por una concepción un tanto “descafeinada” en cuanto que las reticencias de los Estados parte a avanzar por la senda de la integración política obligaron al Consejo a realizar una rebaja de los objetivos que, inicialmente, habían sido previstos en el ámbito de la ciudadanía tanto por la Delegación española en 1990 como por la Comisión un año más tarde². No obstante, ha de tenerse en cuenta que su regulación material es abordada en el-entonces- Tratado de la Comunidad Europea y, en concreto, en los artículos 8 y 8A a 8D del Tratado (en lo sucesivo, TCE).

Una ciudadanía de la Unión que se atribuye, en principio, a quien ostente la nacionalidad de un Estado miembro y al que resulta inherente el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros³. Libre circulación de personas que, como constata la Comisión, “constituye una de las libertades fundamentales del mercado interior en beneficio de los ciudadanos de la UE, de los Estados miembros y de la competitividad de la economía europea”⁴.

Pues bien, con la entrada en vigor, el 1 de mayo de 1999, del Tratado de Ámsterdam, únicamente, se incorpora al TCE el reconocimiento expreso, en su artículo 17.1, del carácter complementario y no sustitutivo de la ciudadanía en relación con las diversas ciudadanía nacionales. Una situación que no sufre alteración destacable con el Tratado de Lisboa puesto que solo se elimina en el artículo 20.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo, TFUE), la mención expresa a la complementariedad del estatuto afirmando que la ciudadanía de la Unión “se añade” a la ciudadanía nacional, si bien, como con Ámsterdam, con Lisboa en ningún caso la ciudadanía de la Unión sustituirá a la nacional.

² Así lo constata, entre otros, OREJA AGUIRRE, M., *El Tratado de Ámsterdam. Análisis y comentarios*, Vol. I, McGraw Hill, Madrid, 1998, p. 202.

³ Téngase en cuenta que en el artículo 3.2 del Tratado de la Unión Europea, según la redacción dada por el Tratado de Lisboa, se regula la ciudadanía de la Unión a fin de garantizar la libre circulación de personas de los nacionales de los Estados miembros en un espacio de libertad, seguridad y justicia.

⁴ Informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2004/38/CE, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (COM (2008) 0840 final).

Así pues, bien puede sostenerse que, en este punto, el Tratado de Lisboa sigue el esquema preestablecido. Esto es, respecto a la ciudadanía de la Unión, regulada en los artículos 18 a 25 del TFUE, se mantiene el mismo *statu quo*. Aunque, ello no signifique poder sostener que no se ha producido variación alguna, puesto que las modificaciones han penetrado por la vía jurisprudencial y han afectado, principalmente, al ámbito de aplicación subjetivo del derecho al libre desplazamiento y a la libre elección de residencia en el territorio de los Estados miembros y, por ende, en territorio español⁵. Derecho que, tal y como hemos avanzado, se reconoce al ciudadano de la Unión y que está regulado en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Directiva que requiere proceder a incorporar su contenido al Ordenamiento jurídico español, lo que se realiza mediante la aprobación del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (en adelante, RD 240/2007).

Siendo este el enfoque general en el que se encuadra el presente trabajo, y tomando como punto de partida el RD 240/2007, el objetivo del mismo radica en analizar las novedades más destacables que se derivan tanto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo como de algunas sentencias, ya célebres, emanadas del Tribunal de Justicia, entre otras, *ROTTMANN*, *McCARTHY* o *RUÍZ ZAMBRANO*, con relación al estatuto de ciudadanía de la Unión y, en particular, los cambios que afectan a quienes quedan encuadrados dentro del ámbito de aplicación subjetivo del derecho a la libre circulación y residencia. Téngase en cuenta que junto al ciudadano de la Unión (apartado II. B. 1), asimismo, el derecho a la libre circulación y residencia en territorio español resulta extensible a quien no ostentando el mencionado estatuto resulta a estos efectos asimilado al ciudadano europeo. Nos referimos tanto a los nacionales de terceros Estados con los que la Unión Europea haya celebrado Acuerdos a este respecto (apartado II. B.2.a) como a los nacionales de terceros Estados que se consideren

⁵ Téngase en cuenta que, asimismo, por vía pretoriana se ha ampliado el elenco de los derechos inherentes al estatuto de ciudadanía puesto que el Tribunal de Justicia ha realizado una interpretación extensiva de los derechos que lo integran.

familiares reagrupables (apartado II. B.2.b). Estudio que requiere realizar sucintamente algunas consideraciones previas sobre el contenido del derecho (apartado II. A) y que concluirá con un apartado en el que se realicen algunas consideraciones conclusivas o finales (apartado III).

II. ANÁLISIS DEL REAL DECRETO 240/2007, DE 16 DE FEBRERO, SOBRE ENTRADA, LIBRE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA EN ESPAÑA DE CIUDADANOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE OTROS ESTADOS PARTE EN EL ACUERDO SOBRE EL ESPACIO ECONÓMICO EUROPEO

El artículo 20 del TFUE dota al estatuto de ciudadanía de la Unión de contenido estableciendo la relación de algunos de los derechos que le son inherentes⁶. En este orden de cosas el artículo 21 TFUE explicita que: “Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros” si bien condiciona su ejercicio “(...) a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación”. Ello nos da pie para afirmar que las únicas limitaciones que pueden eventualmente menoscabar el ejercicio del derecho son las previstas por razones de orden público, seguridad pública y salud pública⁷.

⁶ Nos referimos, entre otros, a los siguientes derechos: el de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; el de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; el derecho de acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de tal Estado; y el de formular peticiones al Parlamento Europeo, de recurrir al Defensor del Pueblo Europeo, así como el derecho de dirigirse a las instituciones y a los órganos consultivos de la Unión en una de las lenguas de los Tratados debiendo recibir contestación en la misma lengua.

⁷ Capítulo VI del RD 240/2007.

A. El contenido del derecho

Hay que tener en cuenta que para el ciudadano europeo el contenido del derecho, en territorio español, aparece integrado, de forma principal⁸, por dos libertades distintas: por un lado, la de desplazamiento o circulación y, por otro, la de residencia⁹.

Por lo que respecta a la libertad de desplazamiento ésta puede hacerse valer bien en todo el territorio de la Unión o bien dentro del territorio de cada uno de los Estados miembros. Así, esta libertad supone la posibilidad de que el ciudadano de la Unión se desplace libremente por el territorio de la Unión sin ser objeto de controles al cruzar las fronteras interiores y, por tanto, conlleva la libertad de desplazamiento de un lugar a otro dentro de cada Estado miembro y, por ende, dentro del territorio español¹⁰.

Y dentro de la libertad de desplazamiento, que -tal y como hemos avanzado- reconoce el artículo 21 del TFUE, debe entenderse incluido el derecho de entrada en y salida del territorio de cualquiera de los Estados miembros y, por lo tanto, también del territorio español.

Así, por lo que atañe a la libertad de salida, el RD 240/2007 reconoce que el ciudadano de la Unión tiene derecho a salir de España para trasladarse a otro Estado miembro. Y para ello lo único que se exige es que presente el pasaporte o documento de identidad en vigor a los funcionarios del control fronterizo si la salida se efectúa por un

⁸ Conviene advertir que, además, las personas incluidas en el ámbito de aplicación personal del RD 240/2007 tienen reconocidos, en palabras del Tribunal Supremo, una serie de “derechos laborales” que implica “el derecho a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, prestación de servicios o estudios, en las mismas condiciones que los españoles, sin perjuicio de la limitación establecida en el artículo 39.4 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea”. Nótese que el Tribunal Supremo declaró la nulidad parcial del artículo 3.2 del RD 240/2007 que excluía del derecho al trabajo a los descendientes que vivan a cargo del ciudadano de la Unión y a los ascendientes a cargo. (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 1 de junio de 2010, FJ. 5º, BOE de 3 de noviembre de 2010).

⁹ En este sentido, la Abogada General Sharpston en las Conclusiones dictadas al caso *RUÍZ ZAMBRANO* señala que “sería artificial no reconocer abiertamente que (...) el artículo 21 TFUE contiene un derecho separado de residencia que es independiente del derecho de libre circulación “(STJUE (Gran Sala), de 8 de marzo de 2011, *RUÍZ ZAMBRANO*, Asunto C-34/09, DOUE, C-13072, de 30 de abril de 2011).

¹⁰ Artículo 3.1 del RD 240/2007.

puesto habilitado¹¹. Y aunque se prevé la posibilidad de prohibir la salida del territorio español, el RD 240/2007 en su artículo 5.1, únicamente, especifica que ésta podrá acordarse por razones de seguridad nacional o de salud pública o en los casos previstos en el Código Penal. Cabe preguntarse sobre el alcance de esta previsión. Pues bien, esto significa, como no podía ser de otro modo, que el Ordenamiento jurídico de la Unión sigue fielmente la regulación que del derecho se realiza en el Derecho convencional. Baste recordar que tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos¹² como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹³ y el Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁴ reconocen a toda persona el derecho a salir tanto de su propio país como de cualquier otro. De forma que, el ciudadano de la Unión podrá abandonar libremente el territorio español únicamente exhibiendo la documentación requerida para efectuar la entrada.

Por su parte, el ciudadano de la Unión podrá entrar al territorio español simplemente acreditando su nacionalidad mediante la exhibición del pasaporte o documento de identidad válido y en vigor en el que conste su identidad¹⁵, de manera que la entrada de los ciudadanos europeos en España no requiere de visado alguno. Visado que será solo exigible para los miembros de la familia de éstos que no posean la nacionalidad de uno de los Estados miembros de la Unión o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo cuando así lo disponga el Reglamento 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001, que contiene tanto la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar una frontera exterior (anexo I), como los de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (anexo II)¹⁶. Requisito documental del que quedan exentos los mencionados familiares cuando éstos dispongan de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión expedida por cualquier Estado miembro de la Unión o por otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, válida y en

¹¹ Artículo 5.1 RD 240/2007.

¹² Artículo 13.2.

¹³ Artículo 12.2.

¹⁴ Artículo 2.2 del Cuarto Protocolo.

¹⁵ Así se desprende de la lectura conjunta de los artículos 4.1 y 4.4 del RD 240/2007.

¹⁶ DOCE L 81, de 21 de marzo de 2001.

vigor¹⁷. Así, salvo que concurran, tal y como hemos avanzado, motivos de orden público, seguridad o salud pública, no es posible denegar la entrada del ciudadano europeo. Y ello en base a que el derecho de acceso al territorio español —facultad que se desprende del artículo 21 del TFUE— constituye para éste un derecho subjetivo invocable ante los órganos administrativos y jurisdiccionales, estando éstos obligados a proteger dicha pretensión jurídica. Esto es, para las autoridades españolas competentes no resulta potestativo decidir qué ciudadanos de la Unión pueden acceder al territorio nacional, no pudiendo, por tanto, denegárseles el acceso por incumplimiento de las condiciones legalmente impuestas. De modo que si éstos no disponen de los documentos de viaje exigidos para efectuar su entrada al territorio español podrán, a estos efectos, probar por otros medios que son beneficiarios del ámbito de aplicación del RD 240/2007¹⁸.

Y una vez que el ciudadano de la Unión ha franqueado las fronteras nacionales podrá ejercer su derecho tanto de estancia como de residencia en territorio español. La primera se identifica con aquel supuesto de permanencia en España que tenga una duración que no exceda de tres meses siendo solo exigible la posesión de pasaporte o documento de identidad en vigor, en virtud del cual se haya efectuada la entrada a nuestro país¹⁹.

Por su parte, la residencia puede ser de carácter temporal o de larga duración²⁰. Así, el RD 240/2007 solo exige que los ciudadanos de la Unión soliciten la inscripción en el Registro Central de Extranjeros —en el caso de residencia superior a tres meses e inferior a cinco años²¹— o que obtengan un certificado del derecho a la residencia de

¹⁷ Artículo 4.2 RD 240/2007. Téngase en cuenta que este precepto ha sido modificado por el Real Decreto 1161/2009, de 10 de julio (BOE, núm. 177, de 23 de julio de 2009).

¹⁸ Artículo 4.4 RD 240/2007.

¹⁹ Artículo 6 RD 240/2007.

²⁰ Téngase en cuenta que tras la reforma de la LO 4/2000 operada por la LO 2/2009 de 11 de diciembre, y tal y como dispone la Disposición Adicional primera, “Todas las referencias a los términos residencia permanente o residente permanente contenidas en el Ordenamiento Jurídico se entenderán referidas a la residencia o residente de larga duración” (BOE, núm. 299, de 12 de diciembre de 2009).

²¹ Artículo 7 RD 240/2007.

larga duración²². Y en el caso de que se incumplan estas condiciones, esto es, que no se solicite el certificado de registro o la tarjeta de residencia podrá dar lugar a la imposición de ciertas sanciones pecuniarias²³.

Pero lo importante es que la libertad de residencia, sea de carácter temporal o de larga duración, constituye un derecho subjetivo que puede ejercerse en la totalidad del territorio español y que se reconoce por el mero hecho de ser ciudadano de la Unión al margen, por tanto, de que éste pretenda ejercer algún tipo de actividad económica. Dicho de otra forma, hablar de derecho subjetivo significa que no existe margen de discrecionalidad alguno por parte de las autoridades competentes en cuanto a la tramitación y resolución de las solicitudes de residencia que éstos cursen²⁴. Así, se desprende de los artículos 7 y 10 del RD 240/2007. El artículo 7 afirma que, una vez presentada la documentación pertinente, al interesado le será expedida de forma inmediata el correspondiente certificado de registro y, el artículo 10, asimismo de modo imperativo, prevé que a petición del interesado se expedirá, con la mayor brevedad posible y tras la verificación de la duración de la residencia, un certificado del derecho a residir con carácter permanente.

Ahora bien, tal y como hemos adelantado, y del mismo modo que no puede sostenerse la existencia de derechos absolutos en el Ordenamiento Jurídico español tampoco, en general, los derechos reconocidos en el Ordenamiento de la Unión, y en particular, el derecho objeto de análisis es un derecho ilimitado. Una premisa que ha sido reiteradamente reconocida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia quien reconoce explícitamente que los derechos reconocidos en el Ordenamiento de la Unión

²² Artículo 10 RD 240/2007.

²³ Así se desprende del artículo 15.8 del RD 240/2007 que preceptúa como sigue: "El incumplimiento de la obligación de solicitar la tarjeta de residencia o del certificado de registro conllevará la aplicación de las sanciones pecuniarias que, en idénticos términos y para supuestos similares, se establezca para los ciudadanos españoles en relación con el Documento Nacional de Identidad".

²⁴ Para una información más detallada sobre los procedimientos de solicitud, tramitación, expedición y renovación de certificados de registro y tarjetas de residencia, pueden consultarse los artículos 12, 13 y 14 del RD 240/2007.

no constituyen prerrogativas absolutas²⁵. Así pues, no cabe duda que puedan oponerse límites a la libre circulación y residencia en España de los ciudadanos de la Unión²⁶. Sin embargo, conviene señalar que siempre las excepciones a esta libertad deben ser interpretadas restrictivamente²⁷. Y a este respecto, cabe constatar que, explícitamente, el capítulo VI del RD 240/2007 regula las limitaciones oponibles al ejercicio del derecho por razones de orden público, seguridad pública y salud pública²⁸. De donde cabe

²⁵ Véase por todas la sentencia del Tribunal de Justicia, de 14 de mayo de 1974, *NOLD*, asunto 4/73, Rec. 1974, pp. 491 y ss., apdo. 14.

²⁶ Por lo que a la doctrina se refiere, expresamente han reconocido el carácter no absoluto del derecho, entre otros; BLÁZQUEZ PEINADO, M^a. D., *La Ciudadanía de la Unión (Los derechos reconocidos en los artículos 8.A a 8.D del T.C.E.)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 141; GRAIG, P. y DE BURCA, G., *EU Law. Text, cases, and materials*, cuarta edición, University Press, Oxford, 2008, p. 756; y JIMÉNEZ DE PARGA MASEDA, P., *El derecho a la libre circulación de las personas físicas en la Europa comunitaria. Desde el Acta Única Europea al Tratado de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 1994.

²⁷ Existe reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el que se aboga por una interpretación restrictiva de las excepciones a la libertad de desplazamiento y residencia del ciudadano de la Unión. A título de ejemplo, pueden consultarse las siguientes: de 4 de diciembre de 1974, *VAN DUYN*, Asunto 41/74, Rec. 1975, pp. 1337 y ss., apdo. 18; de 3 de junio de 1986, *R. H. KEMPF c. STAATSECRETARIS VAN JUSTITIE*, Asunto 139/85, Rec. 1986, p. 1741 y ss.; de 19 de enero de 1999, *DONATELLA CALFA*, Asunto 348796, Rec. 1999, pp. I-11 y ss., apdo. 23; de 9 de noviembre de 2000, *YIADOM*, Asunto 357/98, Rec. 2000, pp. I-9265 y ss.; de 29 de abril de 2004, *G. ORFANOPOULOS Y OTROS*, asuntos acumulados 482 y 493/01, Rec. 2004, pp. I-5257 y ss; y de 10 de julio de 2008, *MINISTERUL ADMINISTRATIEI SI INTERNELOR-DIRECTIA GENRALA DE PASAPOARTE BUCURESTI c. GHEORGHE JIPA*, Asunto 33/07, Rec. 2008, p. 5157.

²⁸ En todo caso, no puede obviarse que, además, existen los denominados límites implícitos. Debiendo entender por tales los que no estando expresa o literalmente previstos en el Ordenamiento de la Unión resultan, como afirmó el Tribunal de Justicia en la sentencia dictada en el asunto *HAUER*, deducibles de los Tratados y cuya finalidad es proteger objetivos de interés general perseguidos por la-entonces-Comunidad (sentencia de 13 de diciembre de 1979, Asunto 44/79, Rec. 1979, pp. 3727 y ss., apdo. 23). Un ejemplo significativo de lo que aquí se quiere expresar es el que ofrece la sentencia del Tribunal de Justicia dictada en el asunto *SCHMIDBERGER* en el que entran en conflicto el derecho fundamental a la libertad de reunión que reconoce la Constitución austríaca y la libre circulación de mercancías garantizada en el Ordenamiento de la Unión (STJCE, de 12 de junio de 2003, *SCHMIDBERGER*, Asunto 112/00, Rec. 2003, pp. I-05659 y ss.).

deducir que son bienes jurídicos indeterminados los que pueden justificar una eventual restricción del derecho.

Concretando un poco más, y de forma casi esquemática, podríamos afirmar que cuando concurren, respecto al ciudadano europeo, razones de orden, seguridad pública o salud pública podrá adoptarse una medida que implique la prohibición de entrada en España y ello aunque el interesado presente la documentación exigible para acceder al territorio español²⁹. Y como señala el Tribunal de Justicia, un Estado miembro, antes de adoptar la resolución denegatoria de la entrada en su territorio, puede reservarse el tiempo que estime necesario para efectuar una verificación administrativa de la situación del afectado³⁰. No obstante, conviene evidenciar que el ciudadano de la Unión, en este caso, podrá presentar, en un plazo no inferior a dos años desde la prohibición, una solicitud de levantamiento de la misma, previa alegación de los motivos que demuestren un cambio material de las circunstancias que fundamentaron tal prohibición³¹. Se trata, en suma, de la posibilidad de atemperar tal prohibición de entrada al territorio español.

Asimismo idénticas razones, pueden fundamentar la adopción de una medida que conlleve la prohibición de estancia o de residencia del ciudadano de la Unión en España. Siguiendo el RD 240/2007 por razones de orden público, seguridad pública y salud pública, puede denegarse la inscripción en el Registro Central de Extranjeros o denegarse la expedición o renovación de las tarjetas de residencia³². Aunque, nada

²⁹ Artículo 15.1.a) RD 240/2007. Al respecto resulta interesante el pronunciamiento del Tribunal de Justicia adoptado en el asunto *YADOM*. En este caso, y a la vista del parecer del Tribunal, puede deducirse que una vez que se ha permitido el acceso al territorio de algún Estado, cualquier decisión acordada por las autoridades competentes que restrinja la libertad de desplazamiento y residencia del ciudadano de la Unión, por ejemplo, obligándole a abandonar tal Estado, no puede ser entendida como una restricción de su derecho de entrada. En concreto, para el Tribunal, la resolución emitida por las autoridades del Estado de acogida, denegando a su territorio la entrada de una ciudadana de la Unión, que se dicta una vez transcurridos casi siete meses desde que tal Estado la admitió con carácter temporal, no puede calificarse, según sus palabras, como “decisión sobre la admisión de entrada” (STJCE, de 9 de abril de 2000, *YADOM*, Asunto 357/98, Rec. 2000, pp. I-9265 y ss., apdo. 43).

³⁰ STJCE, de 9 de abril de 2000, *YADOM*, Asunto 357/98, Rec. 2000, pp. I-9265 y ss., apdo. 40.

³¹ Artículo 15.2 del RD 240/2007.

³² Artículo 15.1.b) del RD 240/2007.

impide que, también, se limite territorialmente la libertad de residencia del ciudadano de la Unión vetándole la posibilidad de radicar su residencia en un determinado lugar del territorio nacional. Así, como señaló el Tribunal de Justicia en el asunto *OTEIZA OLAZÁBAL*³³, un Estado miembro puede imponer, a un nacional de otro Estado parte, medidas menos severas que la expulsión o que la prohibición de residencia y que constituyan restricciones parciales de su derecho. Se reconoce de este modo la posibilidad de limitar territorialmente el ejercicio de la libertad de residencia siempre que tales restricciones resulten, igualmente, aplicables a los propios nacionales³⁴.

Y es más, también cabe ordenar la expulsión o devolución³⁵ del ciudadano de la Unión del territorio español³⁶. Sobre este particular, hay que advertir que en todos los supuestos en los que se determine la expulsión de España de una persona beneficiaria del Derecho de la Unión deberá establecerse un período voluntario de salida. Y debe de ser así “en todos los supuestos” puesto que, como señala el Tribunal Supremo, la ejecución inmediata de la expulsión en los casos de urgencia prevista en el artículo 18.2

³³ STJCE, de 26 de noviembre de 2002, *OTEIZA OLAZÁBAL*, Asunto 100/01, Rec. 2002, pp. I-10981 y ss., apdo. 41.

³⁴ Cabe recordar solo, algunos ejemplos, aplicables igualmente a los españoles, en los que se puede limitar la libre elección de residencia del ciudadano de la Unión a una parte concreta del territorio español: la ordenación del territorio, constitucionalmente contemplada en el artículo 47, puede justificar la restricción de esta libertad, prohibiendo al ciudadano europeo que radique su residencia en un determinado lugar del territorio nacional. De modo que por razones de urbanismo no podrá establecer su residencia donde libremente decida dentro del territorio español ya que, por ejemplo, no es apto para ello un suelo no urbanizable; opera del mismo modo el derecho de propiedad, reconocido en el artículo 33 de la Constitución. En este sentido, como ha manifestado el Tribunal Constitucional, para residir legítimamente en un lugar el interesado debe disfrutar de algún derecho, independientemente de cuál sea su naturaleza, que le permita habitar el bien en el que pretende establecerse (STC 28/1999, de 8 de marzo, FJ. 7); y, lo mismo ocurriría cuando el ciudadano de la Unión comete en España un hecho delictivo y se decreta la prohibición de residir en un determinado lugar del territorio bien como pena, bien como medida de seguridad.

³⁵ En opinión de LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M., la devolución es aquella medida restrictiva que cabe decretar durante el período de prohibición de entrada al territorio nacional y que se dicta cuando se ha decretado una orden de expulsión del territorio español contra un ciudadano de la Unión (*La nueva Ley de Extranjería. Guía práctica y jurisprudencia*, Colex, 4ª edición, Madrid, 2006, p. 264).

³⁶ Artículo 15.1.c) del RD 240/2007.

del RD 240/2007, y que el Supremo declaró nula, es contraria a las garantías de motivación de la resolución, notificación de ésta con información acerca de los recursos pertinentes y posibilidad de ejercer el derecho al recurso³⁷.

Tras esta breve exposición, y antes de finalizar el estudio de los límites al ejercicio del derecho, conviene poner de relieve:

Por un lado, que cualquiera de las medidas limitativas señaladas deberán de ser acordadas con arreglo a lo dispuesto en la legislación reguladora del orden público y la seguridad pública y en las disposiciones reglamentarias vigentes en la materia³⁸.

Por otro lado, que cuando dejen de subsistir las razones que motivaron su adopción cabe la revocación de cualquiera de estas medidas ora de oficio ora a instancia de parte³⁹.

Además, que tales medidas restrictivas no podrán ser adoptadas con fines económicos⁴⁰.

Y asimismo, y en último lugar, que cuando las medidas mencionadas se adopten por razones de orden público o de seguridad pública, deben estar fundadas exclusivamente en la conducta personal de quien sea objeto de aquéllas que, en todo caso, deberá conformar una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad⁴¹. De modo que, y partiendo de esta premisa, la existencia de condenas penales anteriores no constituye, *per se*, razón para adoptar estas

³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 1 de junio de 2010, BOE de 3 de noviembre de 2010.

³⁸ Artículo 15.5.a) del R D 240/2007.

³⁹ Artículo 15.5.b) del R D 240/2007.

⁴⁰ Artículo 15.5.c) del R D 240/2007.

⁴¹ Resultan ilustrativas, entre otras, las siguientes sentencias del Tribunal de Justicia: de 27 de octubre de 1977, *BOUCHEREAU*, Asunto 30/77, Rec. 1977, pp. 1999 y ss., apdo. 10; de 18 de mayo de 1982, *ADOUI y CORNUAILLE*, Asuntos acumulados 115 y 116/81, Rec. 1982, pp. 1708 y ss., apdo.11; o, de 29 de abril de 2004, *G. ORFANOPOULOS Y OTROS*, asuntos acumulados 482 y 493/01, Rec. 2004, pp. I-5257 y ss., apdo. 66. Será, asimismo, interesante conocer la posición del Tribunal de Justicia respecto al recurso interpuesto el 8 de julio de 2010 por la República de Hungría contra la República Eslovaca (Asunto C-364/10, DOUE C 301/5 de 6 de noviembre de 2010).

medidas restrictivas⁴². En este sentido, no es posible ignorar las previsiones que contempla el RD 240/2007 sobre la necesidad de observar el principio de proporcionalidad puesto que no cabe la automaticidad de la expulsión. En concreto:

De una parte, se establece que antes de adoptar una decisión de expulsión “(...) se tendrán en cuenta la duración de la residencia e integración social y cultural del interesado en España, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, y la importancia de los vínculos con su país de origen”⁴³.

Y de otra parte, se prevé que si media más de dos años entre la adopción de una medida de su expulsión y su ejecución deberá comprobarse y valorarse cualquier posible modificación de las circunstancias que fundamentaron en su momento la adopción de la medida, siendo necesario que en el momento de procederse a la ejecución el interesado represente una amenaza real para el orden público o la seguridad pública⁴⁴. De modo que, las autoridades jurisdiccionales nacionales, al examinar la procedencia de la expulsión de un ciudadano de otro Estado miembro, deberán considerar los hechos acaecidos con posterioridad a la última resolución de las autoridades competentes evaluando la existencia, desaparición, o considerable disminución de la amenaza que conformaría, para el orden o la seguridad pública, el comportamiento de quien es objeto de la orden de expulsión.

En conclusión, en todo caso, deberán ponderarse los intereses en juego y determinar, habida cuenta de las circunstancias de cada caso concreto, si se ha observado un justo equilibrio entre los mencionados intereses.

B. Las diferentes vías de disfrute del derecho

El artículo 21 del TFUE consagra el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros incluido, lógicamente, el territorio español

⁴² Artículo 15.5.d) del R D 240/2007. En tal orden de cosas, resultan interesantes, entre otras, las siguientes sentencias del Tribunal de Justicia: de 29 de abril de 2004, *G. ORFANOPOULOS Y OTROS*, asuntos acumulados 482 y 493/01, Rec. 2004, pp. I-5257 y ss.; de 31 de enero de 2006, *COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS c. REINO DE ESPAÑA*, Asunto 503/03, Rec. 2006, pp. I-1097 y ss.

⁴³ Artículo 15.1 del RD 240/2007.

⁴⁴ Artículo 15.4 del RD 240/2007.

atribuyéndolo a todo ciudadano de la Unión⁴⁵. Ello no obstante, conviene aclarar que, en principio, no debiéramos considerar como ciudadano europeo en España al nacional español a los efectos del efectivo disfrute del derecho. Una afirmación que sustentamos sobre el argumento de que la libertad de desplazamiento y residencia amparada por el Derecho de la Unión se refiere exclusivamente a situaciones caracterizadas por la nota de la transnacionalidad. Así se constata de forma inequívoca, por ejemplo, en el asunto *McCARTHY* en el que el Tribunal - siguiendo una línea ya avanzada, entre otras, en *SURINDER SINGH*⁴⁶- señala que del artículo 21 del TFUE no puede deducirse un derecho general y uniforme a residir en la Unión –incluyendo el Estado de su propia nacionalidad-. Derecho de residencia que puede ejercer un nacional en el Estado de su propia nacionalidad pero en virtud del propio Derecho nacional y del Derecho convencional en materia de derechos humanos⁴⁷. De modo que el Ordenamiento jurídico de la Unión regula esta libertad cuando es ejercida en territorio español por cualquier nacional de un Estado miembro a excepción del propio nacional español y ello porque la situación del nacional en España está amparado por el artículo 19 de la Constitución no encontrándose incluida ésta entre las situaciones previstas por las libertades de circulación y residencia amparadas por el Derecho de la Unión⁴⁸. Esto es,

⁴⁵ Debe tenerse en cuenta que la titularidad de los derechos mencionados no puede supeditarse a que el interesado haya alcanzado la edad mínima para tener la capacidad necesaria para ejercitar por sí mismo tales derechos. Así, en la sentencia dictada en el asunto *CHEN*, el Tribunal de Justicia confirma la condición de ciudadano europeo de un bebé de 8 meses nacido en Belfast y se reconoce que el menor de edad es también sujeto de derechos y, como tal, titular de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (STJUE, de 19 de octubre de 2004, *CHEN*, Asunto 200/02, Rec. 2004, pp. I-9925 y ss., en particular, apdos. 20 y 45).

⁴⁶ En este sentido, por ejemplo, el Tribunal de Luxemburgo señaló que un ciudadano de un Estado miembro entra y permanece en el territorio de dicho Estado no en virtud de los derechos conferidos por el Derecho de la Unión sino sobre la base de los derechos atribuidos a su propia nacionalidad (Sentencia de 7 de julio de 1992, *SURINDER SINGH*, Asunto 370/90, Rec. 1990, pp. I-4265 y ss.). Asimismo el Tribunal subraya la necesidad de la dimensión transfronteriza, por ejemplo, en las siguientes sentencias: la de 29 de mayo de 1997, *KREMZOW*, Asunto 299/95, Rec. 1997, pp. I-2629 y ss., apdo. 16; la de 17 de junio de 1997, *SHINGARA* y *RADIOM*, Asuntos acumulados 65 y 111/95, Rec. 1997, pp. I-3343 y ss. apdo. 48; y la de 2 de octubre de 2003, *GARCÍA AVELLO*, Asunto C-148/02, Rec. 2003, pp. I-11613 y ss., apdo. 26.

⁴⁷ STJUE, de 5 de mayo de 2011, *McCARTHY*, Asunto C-434/09, DOUE C 186/5 de 25 de junio de 2011.

⁴⁸ Según reza su tenor literal: “Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional.

el objeto del Derecho de la Unión no es regular las relaciones entre un Estado y sus nacionales sino, por lo que a nosotros interesa, los derechos de libre circulación y residencia de los ciudadanos europeos en el espacio de la Unión.

Ahora bien, la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el asunto *RUÍZ ZAMBRANO*⁴⁹ y que, entre otros, ha sido merecedora del calificativo de “histórica”⁵⁰ genera una situación cuanto menos que provoca cierta perplejidad habida cuenta que, situándonos ante una decisión que encierra enormes potencialidades en orden a la consolidación de lo que implica la condición de la ciudadanía de la Unión, el Tribunal resulta excesivamente parco en la argumentación jurídica privándonos, de este modo, de un pronunciamiento que podría resultar clave con vistas al futuro: a saber, la determinación de si ante situaciones puramente internas se activa o no la protección del Derecho de la Unión.

Para el Tribunal, el artículo 20 del TFUE se opone a que un Estado miembro deniegue a un nacional de un Estado tercero, que además asume la manutención de sus hijos menores de edad, ciudadanos de la Unión, la residencia en el Estado miembro de residencia de los menores del que son nacionales y del que nunca han salido. Y la única argumentación que se esgrime para sustentar tal decisión es que la denegación del permiso de residencia al progenitor tendría como consecuencia que los menores, ciudadanos de la Unión, se verían obligados a abandonar el territorio de la Unión para acompañar al progenitor. Circunstancia que, como señala el Tribunal, privaría a los

Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos”.

⁴⁹ STJUE (Gran Sala), de 8 de marzo de 2011, *RUÍZ ZAMBRANO*, Asunto C-34/09, DOUE, C-13072, de 30 de abril de 2011. De forma sucinta podría decirse que se trata del caso de dos progenitores de nacionalidad colombiana, los Srs. Ruíz Zambrano, que se hallan en Bélgica en una situación de irregularidad administrativa y que ante el nacimiento de dos hijos en Bélgica que adquieren la nacionalidad belga solicitan la concesión por parte del Estado belga de los correspondientes permisos de residencia en calidad de ascendientes de ciudadanos europeos. Permisos que deberá conceder el Estado belga sobre el argumento de que, para el Tribunal, negar tales permisos significaría privar a los menores que son ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de sus derechos de ciudadanía ya que estos menores se verían obligados a abandonar el territorio de la Unión.

⁵⁰ IGLESIAS SÁNCHEZ, S., “El asunto Ruíz Zambrano: una nueva aproximación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la Ciudadanía de la Unión”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 24, 2011, p. 20.

ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano europeo. De modo que, implícitamente, el Tribunal acaba considerando que la situación de los hijos del Sr. Ruíz Zambrano, de nacionalidad belga y residentes en Bélgica, un país que nunca han abandonado, está incluida entre las situaciones previstas por las libertades de circulación y residencia garantizadas por el Derecho de la Unión.

Así pues, parece deducirse del pronunciamiento del Tribunal que no siempre resulta exigible el elemento transfronterizo para que se active la protección del Derecho de la Unión en el ámbito de la ciudadanía europea. Así, el Tribunal, en la línea ya apuntada en *McCARTHY*, defiende, para asegurar el disfrute efectivo de la esencia de los derechos de ciudadanía de la Unión, una reformulación del concepto de situación puramente interna rompiendo la estricta identificación de ésta con aquella situación que carezca de un vínculo transfronterizo considerando que tales situaciones entran dentro del radio de acción del Derecho de la Unión⁵¹. Ahora bien, creemos que de ello no puede deducirse una absoluta identidad de estatutos entre el de nacional y el de ciudadano europeo. Viene a sustentar la precedente afirmación el hecho de que un nacional ni puede ser expulsado del territorio del Estado de su nacionalidad ni a él se le puede impedir la entrada al mismo lo que, en cambio, sí puede ocurrir, por razones de orden público, seguridad y salud pública, con un ciudadano de la Unión que se encuentre en un Estado distinto al de su nacionalidad. Posibilidad que, como ya hemos avanzado, está prevista en el capítulo VI del RD 240/2007. En suma, como ha declarado el Tribunal de Justicia, en diversas ocasiones, “la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros”⁵², pero de ello no cabe deducir la equiparación de ambos estatutos.

⁵¹ En efecto, en *McCARTHY* el Tribunal ya señaló que: “La situación de un ciudadano de la Unión que, (...) no ha ejercitado su derecho a la libre circulación no puede equipararse, sólo por esta razón, a una situación puramente interna” (STJUE, de 5 de mayo de 2011, *McCARTHY*, Asunto C-434/09, DOUE C 186/5 de 25 de junio de 2011, apdo. 46).

⁵² STJUE (Gran Sala), de 8 de marzo de 2011, *RUÍZ ZAMBRANO*, Asunto C-34/09, DOUE, C-13072, de 30 de abril de 2011, apdo. 41. Y en el mismo sentido, pueden consultarse las siguientes sentencias: la de 20 de septiembre de 2001, *GRZELCZYK*, Asunto C-184/99, Rec. p. I-6193, apdo. 31; de 17 de septiembre de 2002, *BAUMBAST y R*, Asunto C-413/99, Rec. p. I-7091, apdo. 82; de 2 de octubre de 2003, *GARCÍA AVELLO*, Asunto C-148/02, Rec. 2003, pp. I-11613 y ss., apdo 22; de 19 de octubre de 2004, *CHEN*,

Llegados a este punto, hay que constatar que del estatuto de ciudadanía solo podrán ser titulares los nacionales de los Estados parte, aunque ello no debe conducirnos a considerar que solamente estos entran dentro del ámbito de aplicación *ratione personae* del derecho. En consecuencia, cabe afirmar que se articula una doble vía para acceder al disfrute del derecho, a saber, la directa y la indirecta. Vía ésta última que abre la puerta para la atribución del derecho en España a nacionales de terceros Estados que quedan, a estos efectos, asimilados al ciudadano europeo y, por ende, excluidos de la aplicación del régimen general de extranjería. Analicemos pues ambas vías.

1) La vía directa: algunas consideraciones acerca de la ciudadanía de la Unión y su controvertible relación con la nacionalidad estatal

Tal y como hemos avanzado, y así se reconoce expresamente en el artículo 20.1 del TFUE, es ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La claridad de la literalidad del precepto normativo reseñado parece no dejar lugar a dudas. Sin embargo, lo cierto es que en esta materia el análisis de la realidad nos permite detectar algunas situaciones en las que existe una clara divergencia. De modo que, se constata que ser nacional de un Estado miembro no significa, automáticamente, ostentar la condición de ciudadano de la Unión a los efectos del disfrute del derecho que se estudia en el presente trabajo.

La delimitación de la ciudadanía de la Unión atendiendo a su vinculación con la nacionalidad de un Estado miembro nos permite realizar las siguientes consideraciones:

En primer lugar, el TFUE define expresamente quién es ciudadano de la Unión, sin embargo, puede sostenerse que no es potestad de la Unión el otorgar dicha ciudadanía. De modo contundente así lo reconoce el TJUE en la célebre sentencia dictada al caso *MICHELLETI Y OTROS* afirmando que “la determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad es, de conformidad con el Derecho

Asunto 200/02, Rec. 2004, p. I-9925 y ss., apdo. 25; y de 2 de marzo de 2010, *ROTTMANN*, Asunto 135/08, DOUE, C 113/4, de 1 de mayo de 2010, apdo. 43.

internacional, competencia de cada Estado miembro, competencia que debe ejercerse respetando el Derecho comunitario⁵³.

En efecto, los propios Estados miembros atendiendo a esta norma de Derecho consuetudinario Internacional, en cuanto soberanos, son los que –por remisión a sus propias legislaciones internas en materia de adquisición, pérdida o recuperación de la nacionalidad- decidirán quiénes gozarán de esta condición⁵⁴. Y en particular, en el caso del Estado español el artículo 11.1 de la Constitución encomienda al legislador del Código Civil la regulación de la adquisición, conservación y pérdida de la nacionalidad española. Siendo, principalmente, los arts. 17 al 26 del mencionado cuerpo normativo los que diseñan la regulación del régimen jurídico de la nacionalidad⁵⁵.

⁵³ STJUE, de 7 de julio de 1992, *MICHELETTI Y OTROS*, Asunto 369/90, Rec. 1992, pp. I-4239 y ss, apartado 10. Y se confirma esta jurisprudencia, entre otras, en la sentencia de 11 de noviembre de 1999, *BELGIAN STATE c. FATNA MESBAH*, Asunto 179/98, Rec. 1999, p. 7955, en concreto en el apdo. 29 en la de 20 de febrero de 2001, *KAUR*, Asunto 192/99, Rec. 2001, pp. I-1237 y ss., o en la de 19 de octubre de 2004, *CHEN*, Asunto 200/02, Rec. 2004, p. I-9925 y ss., apdo. 37.

⁵⁴ La competencia estatal en materia de determinación de la nacionalidad ha sido reconocida por el Tribunal de Justicia en numerosas ocasiones. A modo de ejemplo, pueden destacarse las siguientes sentencias: STJUE, de 12 de octubre de 1978, *BELBOUAD*, Asunto 10/78 Rec. 1978, pp. 1915 y ss.; STJUE, de 7 de febrero de 1979, *AUER*, Asunto 136/78, Rec. 1979, pp. 2727 y ss.; STJUE, de 5 de julio de 1984, *MEADE*, Asunto 238/83, Rec. 1984, pp. 2634 y ss.; STJUE, de 20 de febrero de 2001, *KAUR*, Asunto 192/99, Rec. 2001, pp. I-1237 y ss.; y, STJUE (Gran Sala), de 2 de marzo de 2010, *ROTTMANN*, Asunto 135/08, DOUE, C 113/4, de 1 de mayo de 2010.

⁵⁵ Téngase en cuenta que el Código Civil contempla diversos modos de adquisición de la nacionalidad española. Por ejemplo, el artículo 21.1 regula la eventual adquisición de la nacionalidad por residencia, el artículo 20 prevé la obtención de la nacionalidad española por opción, el artículo 18 reconoce la posibilidad de adquirirla por posesión de estado o, asimismo, por carta de naturaleza en tanto vía excepcional de adquisición de la nacionalidad que puede activarse cuando existan razones de interés público o humanitario. Ejemplos de estos supuestos lo constituyen el Acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros de 12 de marzo de 2004 por el que se aprueba la concesión de la nacionalidad española a las víctimas y familiares directos de los atentados ocurridos en Madrid el 11 de marzo de 2004 (RD 453/2004, de 18 de marzo, BOE núm. 70, de 22 de marzo de 2004) y la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura que en su disposición adicional séptima permite la adquisición por opción de la nacionalidad española de origen a las personas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y a los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio.

Una cuestión que despertó, desde los inicios, el recelo de ciertos Estados parte. Desconfianza que encontró como respuesta la siguiente Declaración incluida en el Tratado de Maastricht relativa a la nacionalidad de los Estados parte: “la cuestión de si una persona posee una nacionalidad determinada se resolverá únicamente remitiéndose al Derecho nacional del Estado miembro de que se trate. Los Estados miembros podrán declarar, a efectos informativos, quiénes deben considerarse sus nacionales a efectos comunitarios mediante una declaración presentada a la Presidencia, la cual podrá modificarse en caso necesario”.

Ello no obstante, hay que constatar que tal Declaración no ha servido para evitar controversias futuras tal y como lo demuestran los no pocos pronunciamientos del Tribunal de Justicia en los que éste ha tenido que dirimir diversos asuntos en los que se polemizaba, precisamente, acerca del alcance de la exclusividad de la competencia estatal en materia de nacionalidad o sobre cómo ha de interpretarse tal exclusividad cuando la decisión estatal sobre la concesión o pérdida de la nacionalidad afecta a la ciudadanía europea⁵⁶. Uno de los más recientes, lo constituye el asunto *JANKO ROTTMANN c. FREISTAAT BAYERN*⁵⁷ en el que el Tribunal, siguiendo la doctrina ya

⁵⁶ Entre otras, cabe citar, las siguientes SSTJUE: de 9 de julio de 1998, *COMISIÓN c. BÉLGICA*, Asunto 323/97, Rec. 1997-1998, p. 4281; la ya citada de 20 de febrero de 2001, *KAUR*, Asunto 192/99, Rec. 1999, p. 1237; o de 12 de septiembre de 2006, *M. G. EMAN y O.B. SEVINGER c. COLLEGE VAN BURGEMEESTER EN WETHOUDERS VANDEN HAAG*, Asunto 300/04, Rec. 2004, p. 8055.

⁵⁷ STJUE, de 2 de marzo de 2010, *JANKO ROTTMANN c. FREISTAAT BAYERN*, Asunto 135/08, DOUE C 113 de 1 de mayo de 2010 en la que el Tribunal analiza la compatibilidad con el Derecho de la Unión de la revocación de la nacionalidad de un Estado parte que desemboca en la privación de la condición de ciudadano de la Unión. De forma muy sucinta cabe decir que este asunto llega al Tribunal con ocasión de la situación de apatridia en la que se ve inmerso el señor Rottmann, nacional austriaco de origen y que tras años de residencia en Munich solicita la nacionalidad alemana. Nacionalidad que se le concede, produciéndose la pérdida de la nacionalidad austriaca, pero que, igualmente resulta revocada por las autoridades alemanas al descubrir que el interesado había ocultado que sobre él pesaba una orden de detención y que había estado en el año 1995 incurso en un proceso penal en Austria. Una decisión que no fue considerada por el Tribunal contraria al Derecho de la Unión sobre el argumento del ánimo fraudulento del interesado lo que permite declarar la privación de nacionalidad como una medida proporcionada atendiendo al principio del interés general.

Téngase en cuenta sobre este particular que aunque el artículo 8.1 de la Convención para reducir los casos de apatridia prevé que: “los Estados contratantes no privarán de su nacionalidad a una persona si esa privación ha de convertirla en apátrida”, el apartado 2.b) de ese mismo precepto incluye una excepción a

sentada en *MICHELLETI Y OTROS*, defiende una teoría restrictiva de la potestad estatal en materia de nacionalidad cuando esté en juego la cualidad de ciudadano europeo. En concreto, el Tribunal viene a sostener que la competencia exclusiva estatal en materia de nacionalidad, y en particular en este caso el poder discrecional del Estado alemán en la materia, debe ejercerse dentro de los límites que impone el respeto del Derecho de la Unión, esto es, siempre sin que ello suponga un menoscabo de la efectividad de los principios y libertades comunitarias. Si bien, con un añadido respecto a la línea jurisprudencial anterior puesto que, en este caso, el Tribunal considera que la competencia exclusiva en materia de nacionalidad, también, deberá respetar el principio de proporcionalidad en virtud de “las consecuencias que implica para la situación de la persona afectada en función del derecho de la Unión”⁵⁸. Un test de proporcionalidad que se efectúa atendiendo al interés general de la decisión acordada, a su corrección formal desde la óptica de la legislación aplicable y a la eventual posibilidad de que el interesado recupere la nacionalidad de origen.

Llegados a este punto, bien puede, por lo tanto, aseverarse que los Estados son soberanos a la hora de decidir sobre la concesión o pérdida de la nacionalidad y, asimismo, el Estado español pero también es cierto que nos situamos ante un tipo de soberanía “declinante” puesto que el Estado deberá respetar los límites que impone el respeto de Derecho de la Unión. En particular, el carácter absoluto y exclusivo de la competencia estatal en este ámbito podrá modularse cuando esta afecte a los principios y libertades reconocidos por el Derecho de la Unión no pudiendo, además, vulnerar el principio de proporcionalidad. Dicho de otro modo, el Derecho de la Unión despliega

esta regla en el supuesto de que tal nacionalidad haya sido obtenida por declaración falsa de modo fraudulento. Y en similares términos, el artículo 4.a) y b) del Convenio Europeo sobre nacionalidad también reconoce el derecho de todo individuo a la nacionalidad declarando el principio de erradicación de la apatridia excepcionando esta regla en el artículo 7.1.b) cuando medie una conducta fraudulenta, información falsa u ocultación de un hecho pertinente por parte del interesado.

⁵⁸ Un principio que se reconoce en el artículo 5.4 del TFUE en los siguientes términos: “En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados.

Las Instituciones de la Unión aplicarán el principio de proporcionalidad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”.

un efecto restrictivo o limitante sobre los regímenes estatales en materia de nacionalidad.

En segundo lugar, a tenor de la ya citada sentencia dictada al caso *MICHELETTI Y OTROS*, la legislación de un Estado miembro no puede limitar los efectos que se derivan de la atribución de la nacionalidad de otro Estado parte, exigiendo requisitos adicionales para reconocer la mencionada nacionalidad en aras al ejercicio efectivo de los derechos inherentes al estatuto de ciudadanía, esto es, en definitiva para reconocerle efectividad a la reseñada nacionalidad⁵⁹.

En tercer lugar, el estatuto que estamos analizando se perfila a modo de ciudadanía derivada, “de atribución”⁶⁰ o “regalada”⁶¹ en cuanto genera un vínculo indisoluble entre nacionalidad estatal y ciudadanía europea en el sentido de que la primera hace nacer la segunda⁶². En este orden de cosas, como ha afirmado C. CLOSA, aquélla constituye un requisito *sine qua non* en orden a la adquisición de ésta⁶³. Y, además, se dota a este estatuto de una proyección externa de la que carece las nacionalidades estatales y se configura como complementaria a estas sin sustituirlas.

Y en cuarto y último lugar, resulta obligado constatar que si bien resulta cierto que la nacionalidad de los Estados parte se configura en el TFUE como un requisito

⁵⁹ STJUE, de 7 de julio de 1992, *MICHELETTI Y OTROS*, Asunto 369/90, Rec. 1992, pp. I-4239 y ss, en concreto, apdo. 10. En el mismo sentido, puede consultarse la STJUE, de 2 de octubre de 2003, *GARCÍA AVELLO*, Asunto C-148/02, Rec. 2003, pp. I-11613 y ss., apdo 28 y la STJUE, de 19 de octubre de 2004, *CHEN*, Asunto 200/02, Rec. 2004, p. I-9925 y ss., apdo. 40.

⁶⁰ En estos términos se pronuncia JUÁREZ PÉREZ, P., *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 159.

⁶¹ NETTESHEIM, M., “La Ciudadanía Europea en el Proyecto de Constitución Europea ¿constitución del ideal de una comunidad política de europeos?”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 125, julio-septiembre, 2004, p. 225.

⁶² LINDE PANIAGUA, E., “La ciudadanía de la Unión Europea. La inmigración en el interior de la Unión”, en LINDE PANIAGUA, E. y MORENO DÍAZ, J.A. (Dirs.), *Inmigración, Extranjería y Asilo*, Colex, Madrid, 2005, p. 112.

⁶³ CLOSA, E., “The concept of citizenship in the Treaty on European Union”, *Common Market Law Review*, nº 29, 1992, p. 1161. En el mismo sentido, véase, por ejemplo, BLUMANN, CL., “Citoyenneté européenne et champ d’application personnel du droit communautaire”, *Revue des Affaires Européennes*, nº 1, 2003-2004, p. 74.

ineluctable para adquirir la condición de ciudadano de la Unión, no lo es menos que es, a los efectos del disfrute del derecho al libre desplazamiento, condición necesaria pero no necesariamente suficiente⁶⁴. Es decir, sobre la base del artículo 20.1 del TFUE se considera, tal y como acabamos de avanzar, ciudadano de la Unión a toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro pero de tal premisa no puede deducirse, *a sensu contrario*, que todo nacional de un Estado parte sea considerado ciudadano de la Unión.

Sirve de argumento para sustentar la precedente afirmación el hecho de que el estudio de la realidad nos permite detectar ciertos supuestos en los que a ciertos nacionales de los Estados parte se les niega el reconocimiento del estatuto de ciudadano de la Unión y, consecuentemente, el eventual disfrute del derecho a la libertad de desplazamiento por el territorio de la Unión.

Esto ocurre, por ejemplo, en el caso de los nacionales de las Islas del Canal y de la Isla de Man⁶⁵. Y ello en virtud de que la Declaración de 1982 del Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte sobre la definición del término “nacionales” aneja al Acta Final del Tratado de Adhesión a las Comunidades Europeas del Reino de Dinamarca, de Irlanda y el Reino Unido de Gran Bretaña -que, tal y como afirma el TJUE en la sentencia dictada en el asunto *KAUR*⁶⁶, constituye una adaptación de la Declaración de 1972 exigida por la adopción, en 1981, de una nueva Ley sobre la nacionalidad⁶⁷-, excluye a tales personas del ámbito de aplicación *ratione personae* de

⁶⁴ Así lo han afirmado, entre otros, BLÁZQUEZ PEINADO, M^a. D., *La Ciudadanía de la Unión...*, *op. cit.*, 1998, p. 66; y KOVAR, R. y SIMON, D., “La citoyenneté Européenne”, *Cahiers de Droit Européenne*, núms. 3/4, 1993, p. 66.

⁶⁵ Hágase notar que ambas Islas son dependientes del Reino Unido de Gran Bretaña, siendo esta la encargada de sus relaciones exteriores y de su defensa.

⁶⁶ STJUE de 20 de febrero de 2001, *KAUR*, Asunto C-192/99, Rec. 2001, p. I-1237.

⁶⁷ Téngase en cuenta que la *British Nationality Act* de 1981 suprime la condición de ciudadano del Reino Unido y de las Colonias distinguiendo tres categorías de ciudadanos británicos: a) los *british citizens* que incluye a los ciudadanos británicos por nacimiento, descendencia o naturalización; b) los *british overseas citizens* (ciudadanos británicos de ultramar) que comprende a todos los ciudadanos del Reino Unido y de las Colonias que no hubieran pasado a ser ciudadanos británicos o ciudadanos de los territorios británicos dependientes; y, c) los *british dependent territories Citizens* que incluye a los súbditos británicos de las todavía colonias dependientes. De modo que a estas diferentes categorías de ciudadanos se les reconoce diferentes derechos y obligaciones. Divergencias que se han incrementado en la última década con la

la libre circulación de personas reconocida en el Ordenamiento jurídico de la Unión Europea. De modo que, tales nacionales aún ostentando la nacionalidad británica, así lo asevera el Tribunal de modo reiterado en el asunto *PEREIRA ROQUE c. HIS EXCELLENCY THE LIEUTENANT GOVERNOR OF JERSEY*⁶⁸, se ven privados de la condición de ciudadanos de la Unión lo que implica negarles la titularidad del derecho de libre circulación y residencia personal inherente a la misma⁶⁹.

Y algo similar ocurre, también, en el caso de los nacionales daneses de las Islas Feroe a quienes se les niega la titularidad del estatuto de ciudadanía de la Unión, tal y como se deduce del artículo 355.5.a) del TFUE que prevé la no aplicación de los Tratados a éstos. Y es que Dinamarca incluyó en el Protocolo Anejo a su Tratado de Adhesión a las Comunidades de 1972 una declaración en virtud de la cual la consideración de nacionales de un Estado miembro a efectos comunitarios en el caso de los nacionales daneses residentes en las Islas Feroe quedaba supeditada a la expresa manifestación en tales términos realizada por el Reino de Dinamarca. Una declaración que no se realizó a la expiración del plazo previsto a tal efecto.

aprobación de la *Nationality, Immigration and Asylum Act* de 2002, de la *Asylum and Immigration Act* de 2004 y de la *Asylum, and Nationality Act* de 2006. Sobre esta clasificación tripartita puede consultarse, ORTEGA GIMÉNEZ, A., “Pluralidad racial e integración de las minorías étnicas en el Reino Unido; en Integración de la población inmigrante en el marco europeo, estatal y autonómico español, TUR AUSINA, R., (Dir.), Iustel, Madrid, 2009, pp. 159 y ss.

⁶⁸ STJUE de 16 de julio de 1998, *PEREIRA ROQUE c. HIS EXCELLENCY THE LIEUTENANT GOVERNOR OF JERSEY*, Asunto C-171/96, Rec. 1998, p. I-4607.

⁶⁹ Esto es, las personas originarias de las Islas del Canal y de la Isla de Man podrán ejercer el derecho de libre circulación y residencia personal en territorio británico en cuanto que son nacionales británicos, pero se les niega el ejercicio de tal derecho en el territorio de la Unión por no ser considerados ciudadanos de la Unión. De modo que, en estos casos como señala el Tribunal de Justicia en el asunto *KAUR*, tales personas no se ven privadas de los derechos inherentes al estatuto de ciudadanía puesto que tales derechos nunca han llegado a nacer (STJUE de 20 de febrero de 2001, *KAUR*, Asunto C-192/99, Rec. 2001, p. I-1237).

Sobre este particular, puede consultarse DE GROOT, G.R., “The relationship between the nationality legislation of the member States of the European Union and European citizenship”, en M. LA TORRE (Ed.), *European Citizenship an Institutional Challenger*, Kluwer Law International, Netherlands, 1998, pp. 125-126.

Así pues, compartimos plenamente la opinión de P. JUÁREZ PÉREZ cuando afirma que puede negarse el automatismo del nexo entre la ciudadanía europea y la nacionalidad estatal⁷⁰.

2) La vía indirecta: los nacionales de terceros países asimilados

Hay que recordar que la exclusión que se realiza de los nacionales de terceros Estados del ámbito de aplicación subjetivo del derecho de libre circulación y residencia no resulta absoluta. Y es que como es sabido, en ciertos supuestos, el derecho puede ser ejercido en nuestro país por ciertas categorías de personas que no ostentando la nacionalidad de un Estado parte no son, por lo tanto, ciudadanos de la Unión. Irrumpen, así, en escena los beneficiarios del derecho de libre circulación y residencia que, en principio, resulta inherente al estatuto de ciudadanía. Nos referimos en concreto: por un lado, a aquellos nacionales de terceros Estados a los que resulta extensible el derecho por vía de Acuerdos celebrados por la -entonces- Comunidad con tales Estados; y, por otro lado, a los familiares reagrupables del ciudadano europeo que sean nacionales de un tercer Estado.

a) La vía de los Acuerdos celebrados con terceros Estados

Tales Acuerdos permiten incluir bajo el ámbito de aplicación *rationae personae* del derecho objeto de examen a nacionales de ciertos Estados que no engrosan la lista de los que pertenecen a la Unión Europea. Considerando, a los efectos del ejercicio del derecho a tales nacionales como asimilados a los ciudadanos de la Unión. Nos referimos en concreto a los siguientes Acuerdos o Tratados:

En primer lugar, al Tratado que fue firmado en Oporto, el 2 de mayo de 1992, entre la -entonces- Comunidad y sus Estados miembros, de una parte, y los países miembros de la Asociación Europea de Libre Cambio, de otra⁷¹. Se reconoce en el mismo el derecho a la libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros a los nacionales de los países que son parte en el Acuerdo sobre el Espacio

⁷⁰ JUÁREZ PÉREZ, P., “Dieciocho años de ciudadanía de la Unión: ¿hacia una figura emancipada?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2010, Vol. 2, nº 2, p. 273.

⁷¹ Dicho Tratado entró en vigor el 1 de enero de 1995 y tras la adhesión a la Unión de Austria, Finlandia y Suecia actualmente se aplica solo a Liechtenstein, Islandia y Noruega.

Económico Europeo y que no son miembros de la Unión Europea. En particular, nos referimos a los nacionales de Noruega, Islandia y Liechtenstein⁷².

Y, en segundo lugar, al Acuerdo firmado en Luxemburgo el 21 de junio de 1999 sobre libre circulación de personas entre la –entonces- Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza por otra⁷³. En base a este Acuerdo se extiende el derecho a los nacionales de la Confederación Suiza considerándolos asimilados al ciudadano europeo⁷⁴.

b) La vía del reagrupamiento familiar

El RD 240/2007 reconoce como beneficiarios de la libertad de desplazamiento en el territorio español a las siguientes categorías de personas: primero, a los miembros de la familia del español⁷⁵; segundo, a los familiares de los ciudadanos de la Unión

⁷² Así se desprende de la literalidad del artículo 1.1 del RD 240/2007 que dispone que: “El presente Real Decreto regula las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo en España por parte de los ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como las limitaciones a los derechos anteriores por razones de orden público, seguridad pública o salud pública”.

⁷³ BOE, núm. 148, de 21 de junio de 2002.

⁷⁴ Así se desprende de la Disposición Adicional Tercera del RD 240/2007 que dice: “En virtud del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre libre circulación de personas, firmado en Luxemburgo el 21 de junio de 1999, a los ciudadanos suizos y a los miembros de su familia le es de aplicación lo previsto en el presente real decreto”.

⁷⁵ Téngase en cuenta que, precisamente, la STS de 1 de junio de 2010, ya citada, entre otras, anuló la expresión “otro Estado miembro” incluida en el párrafo primero del artículo 2 del RD 240/2007 para permitir la aplicación de esta normativa a los familiares del propio nacional español. Y como consecuencia de la nulidad declarada consideró desaparecido el régimen especial contenido en la Disposición Final Tercera 2 del RD 240/2007. De modo que a partir de esta sentencia quedan equiparados los familiares de los ciudadanos europeos españoles, siempre que su parentesco se contenga en el artículo 2 del RD 240/2007, a los familiares de ciudadanos europeos no españoles. A este respecto, RODRÍGUEZ CANDELA, J. L. y BOZA MARTÍNEZ, D., califican el cambio que la sentencia representa para los miembros de la familia del español que sean nacionales de terceros Estados de “giro copernicano” (“Los españoles también son ciudadanos de la Unión y otras consecuencias de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 26, 2011, p. 190).

Europea⁷⁶; tercero a los familiares de los nacionales de alguno de los Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo⁷⁷; y cuarto, a los miembros de la familia de los nacionales suizos⁷⁸.

Y se consideran, a estos efectos, como familiares reagrupables a las siguientes personas:

Por una parte, al cónyuge⁷⁹ del reagrupante, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial o divorcio y ello aunque no exista convivencia matrimonial⁸⁰. Posibilidad que resulta factible a partir de que el Tribunal Supremo, en la sentencia de 10 de junio de 2004, niega la posibilidad de exigirse un “vínculo de convivencia estable y permanente con el reagrupante”. En este sentido, conviene tener presente que el RD 240/2007 considera, asimismo, miembro de la familia a la pareja con la que se mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos. Debiendo entenderse como pareja de

⁷⁶ Artículo 2 del RD 240/2007.

⁷⁷ Artículo 2 del RD 240/2007.

⁷⁸ Disposición Adicional tercera del RD 240/2007.

⁷⁹ Se entiende por cónyuge a aquella persona con la que se mantenga un vínculo matrimonial y, como manifiesta el Tribunal Supremo, en su sentencia de 1 de junio de 2010, la situación de separación legal no implica, como sí ocurre con la nulidad matrimonial o el divorcio, una desaparición definitiva del vínculo matrimonial. Es decir, también el cónyuge separado legalmente entra dentro del ámbito de aplicación subjetivo del RD 240/2007.

⁸⁰ En efecto, tras la STS de 1 de junio de 2010 se considera que al cónyuge “separado”, también, se le aplica el régimen diseñado en el RD 240/2007. De modo que la separación legal de los cónyuges carece de efecto jurídico alguno con relación a la inclusión del cónyuge del ciudadano europeo en el ámbito de aplicación del RD 240/2007, tal y como se desprende de la Instrucción DGI/SGRJ/03/2010, sobre aplicación de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de junio de 2010, relativa a la anulación de varios apartados del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo dictada por el Ministerio de Trabajo e Inmigración.

hecho a la registrada de conformidad con la normativa española en los registros autonómicos⁸¹.

Por otra parte, a los descendientes directos del reagrupante y a los de su cónyuge o pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial o divorcio o no se haya cancelado la inscripción registral de pareja, menores de veintiún años o mayores de dicha edad que vivan a sus expensas o incapaces⁸².

Y, asimismo, a los ascendientes directos del reagrupante y a los de su cónyuge, o pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial o divorcio o no se haya cancelado la inscripción registral de pareja y que vivan a sus expensas⁸³.

Requisito este último que, sin embargo, no fue considerado por el Tribunal de Justicia en el asunto *RUÍZ ZAMBRANO* para reconocer el derecho de residencia de los progenitores, nacionales de terceros Estados, de los hijos menores de nacionalidad belga. De modo que el Tribunal extiende el derecho de residencia inherente al estatuto de ciudadanía a los ascendientes, no que dependen de los hijos menores en quienes concurre la condición de ciudadanía de la Unión y de quienes deriva el derecho de residencia, sino a los ascendientes de quienes dependen estos menores. Con el añadido de que estos progenitores, nacionales de un tercer Estado, se encuentran en territorio belga en una situación de irregularidad administrativa. Circunstancia que, como se deduce de las palabras de S. IGLESIAS SÁNCHEZ, provoca que se sitúen en la balanza imaginaria de los bienes jurídicos a proteger y a ponderar: por un lado, el legítimo derecho del Estado de luchar contra la inmigración ilegal; y de otro lado, el deber de respetar el estatuto jurídico inherente a los nacionales y ciudadanos de la Unión⁸⁴.

⁸¹ Para permitir que a tales parejas de hecho se les aplique el régimen regulador del derecho previsto en el RD 240/2007, el Tribunal Supremo declaró la nulidad de la expresión “que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado” prevista en el artículo 2.b) de citado Real Decreto (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 1 de junio de 2010, FJ. 5º, BOE de 3 de noviembre de 2010).

⁸² Artículo 2.c) del RD 240/2007.

⁸³ Artículo 2.d) del RD 240/2007.

⁸⁴ IGLESIAS SÁNCHEZ, S., “El asunto Ruíz Zambrano...”, *op. cit.*, p. 7.

Se plantea, de este modo, una cuestión en modo alguna baladí y que entronca directamente con las políticas migratorias estatales: a saber, el tratamiento que ha de otorgarse a los progenitores en situación irregular de niños españoles. De producirse la situación en España parece que, a la luz del nuevo Reglamento de desarrollo de la LO 4/2000 aprobado el 30 de abril de 2011, podría el progenitor en situación de irregularidad regularizar su situación mediante la obtención de un permiso temporal de residencia por circunstancias excepcionales, y en concreto, por arraigo familiar⁸⁵. Aunque, puede entenderse, invocando la doctrina del caso *RUIZ ZAMBRANO*, que en tales supuestos estos progenitores entran dentro del ámbito de aplicación *ratione personae* del derecho a la libre circulación y residencia que el artículo 21 del TFUE atribuye al ciudadano de la Unión, en concreto, por la vía del reagrupamiento familiar. En este sentido, habría de aceptarse un derecho de residencia derivado de los ascendientes, nacionales de un Estado tercero en situación irregular, que tienen a su cargo a un menor español que no ha ejercitado su derecho a circular.

Llegados a este punto y concretado el elenco de personas que integran los denominados familiares reagrupables que, como hemos avanzado, resultan asimilables al ciudadano de la Unión a los efectos del disfrute del derecho a la libre circulación y residencia inherente a la ciudadanía de la Unión, interesa evidenciar, finalmente, que el régimen aplicable al ejercicio de este derecho por parte de cualquier otra persona que carezca de la nacionalidad de un Estado miembro, de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o de la nacionalidad suiza será el que se desprende del Régimen General de Extranjería. Ello no obstante, también resulta cierto que en algunos supuestos parece apostarse por una cierta flexibilización del Régimen General de Extranjería en el sentido de que el R.D. 240/2007⁸⁶ prevé que se facilitará la obtención del visado de residencia o, en su caso, de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales a quién acompañe al ciudadano de la Unión o al nacional

⁸⁵ Téngase en cuenta que el artículo 124.3.a) del RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras la reforma operada por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, dispone que podrá otorgarse tal permiso temporal por arraigo familiar: “cuando se trate de padre o madre de un menor de nacionalidad española, siempre que el progenitor solicitante tenga a cargo al menor y conviva con éste y esté al corriente de las obligaciones paterno filiales respecto al mismo”.

⁸⁶ Disposición Adicional Decimonovena del RD 240/2007.

de un Estado parte sobre el Espacio Económico Europeo o se reúna con él siempre que en él concurren, por ejemplo, alguna de estas dos circunstancias:

Ser otro familiar con parentesco en línea directa o colateral, sin limitación alguna por el grado de parentesco que les vincule, que por motivos graves de salud o discapacidad deba necesariamente ser cuidado por el ciudadano europeo.

O, ser la pareja con la que el ciudadano europeo mantiene una relación estable debidamente probada.

Así pues, y para finalizar, los parientes que quedan excluidos del listado del artículo 2 del RD 240/2007 aun cuando han de regirse por el régimen general de extranjería podrán obtener ciertos beneficios en la tramitación de visados o en la obtención de autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales precisamente por su relación con el ciudadano de la Unión o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

III. ALGUNAS REFLEXIONES CONCLUSIVAS

De acuerdo con el análisis efectuado, y a la luz de las modificaciones introducidas por vía jurisprudencial, principalmente, con relación al ámbito de aplicación subjetivo del derecho al libre desplazamiento y a la residencia previsto en el Ordenamiento jurídico de la Unión podemos avanzar las siguientes reflexiones:

Hemos constatado que, tal y como prevé el artículo 21 del TFUE, tiene derecho a circular y a residir libremente en el territorio de los Estados miembros y, por lo tanto, asimismo en el territorio español todo ciudadano de la Unión. Y conviene incidir en la idea de que el derecho se reconoce a quien ostente tal condición desvinculándose, de este modo, su titularidad de todo objetivo económico como lo es el de la consecución del Mercado interior. Esto es, desde la creación de este estatuto en Maastricht la ciudadanía de la Unión deviene, *per se*, título habilitador suficiente en aras al reconocimiento de la mencionada libertad comunitaria.

Una libertad que, a la vista de la regulación contenida en el RD 240/2007, aparece integrada, principalmente, por la libertad de desplazamiento o circulación y por

la de residencia. La primera permite a su titular desplazarse libremente por el territorio de la Unión sin ser objeto de controles al cruzar las fronteras interiores y, asimismo, circular libremente dentro del territorio español. En este sentido, el ciudadano de la Unión podrá acceder a nuestro país simplemente acreditando su nacionalidad mediante la exhibición del pasaporte o documento de identidad válido y en vigor en el que conste su identidad y podrá abandonarlo únicamente exhibiendo la documentación requerida para efectuar la entrada. Y, por su parte, la libertad de residencia le permite hallarse en territorio español en una situación bien de estancia bien de residencia sea de carácter temporal –debiendo en tal caso solicitar la inscripción en el Registro Central de Extranjeros- o de larga duración- a cuyos efectos es necesario obtener un certificado del derecho a la residencia de larga duración-. Y entendemos que no existe margen de discrecionalidad alguno por parte de las autoridades competentes para decidir cuántos y qué ciudadanos de la Unión pueden acceder al territorio nacional ni con relación a la tramitación y resolución de las solicitudes de residencia que éstos cursen.

Sin embargo, no puede obviarse el hecho de que el ejercicio del derecho aparece supeditado a las limitaciones previstas, dice el TFUE, en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación. Lo que significa, como reiteradamente ha manifestado el Tribunal de Justicia, que los derechos reconocidos en el Ordenamiento de la Unión no conforman prerrogativas absolutas. Así, puede afirmarse que el Derecho de la Unión no reconoce la libertad de circulación y residencia del ciudadano europeo con carácter omnímodo pudiendo su ejercicio restringirse por razones de orden público, seguridad pública y salud pública. En efecto: podrá prohibirse la entrada a España y ello aunque el ciudadano europeo presente la documentación exigible para franquear legítimamente las fronteras nacionales; podrá prohibírsele la estancia o residencia en territorio español o, incluso, restringírsele parcialmente el ejercicio del derecho vetándole la posibilidad de fijar su residencia en un concreto lugar del territorio nacional; e, incluso, cabe decretar su expulsión o devolución del territorio español.

Ciudadanía de la Unión que, como preceptúa el artículo 20 del TFUE, se atribuye a toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. Aparece así delimitado el beneficiario principal de la libertad de circulación y residencia, quién, en principio, así lo dispuso el Tribunal de Justicia, entre otras, en la sentencia dictada en el asunto *McCARTHY*, podrá invocar la protección del Derecho de la Unión cuando nos

situemos ante situaciones caracterizadas por la nota de la transnacionalidad. Elemento transfronterizo que, sin embargo, siguiendo la doctrina sentada en el asunto *RUIZ ZAMBRANO*, no siempre resulta exigible para que se active la protección del Derecho de la Unión en el ámbito de la Ciudadanía europea. De modo que, el Tribunal de Justicia apuesta por una reformulación del concepto de situación puramente interna rompiendo la estricta identificación de ésta con aquella situación en la que no medie un vínculo transfronterizo considerando que estas situaciones, también, entran dentro del radio de acción del Derecho de la Unión. Ello significa que el estatuto de ciudadanía europea es incluso capaz de añadir derechos nuevos a aquellos nacionales de un Estado miembro que nunca se han desplazado fuera de las fronteras del Estado de origen. Aunque ello no debe de llevarnos a establecer una absoluta equiparación de los estatutos de nacional y de ciudadano europeo.

Definida así la ciudadanía de la Unión es preciso recordar las tres siguientes precisiones:

Por una parte, la ciudadanía de la Unión se delimita atendiendo a su vinculación con la nacionalidad de un Estado parte, de donde puede afirmarse que no constituye potestad de la Unión el otorgar dicha condición. El hecho de que cada Estado sea soberano, como lo es el Estado español, para determinar quienes ostentan su nacionalidad unido al hecho de que el ámbito subjetivo de la ciudadanía encuentre su fundamento en la tenencia de la nacionalidad de un Estado miembro permite delimitar los titulares del mencionado estatuto y, por ende, el ámbito de aplicación *ratione personae* del derecho de libre circulación que reconoce el ordenamiento jurídico de la Unión. De modo que el efectivo disfrute del derecho queda subordinado a la decisión estatal. No obstante y siendo cierto lo anterior, también lo es que la soberanía estatal sobre nacionalidad no puede considerarse absoluta o exclusiva sino que nos situamos ante una soberanía “declinante” puesto que la discrecionalidad estatal en este ámbito queda constreñido por el necesario respeto de los principios y derechos reconocidos en el Ordenamiento de la Unión y, tal y como reconoce el Tribunal de Justicia en el asunto *JANKO ROTTMANN c. FREISTAAT BAYERN*, por el respeto del principio de proporcionalidad. A lo que habría que añadir que un Estado miembro no puede limitar los efectos del reconocimiento de la nacionalidad que realiza otro Estado, exigiendo requisitos suplementarios en aras al efectivo disfrute, en general, de las libertades

fundamentales reconocidas en el Ordenamiento de la Unión y, en particular, de la libertad de desplazamiento del ciudadano europeo.

Parece obvio, por tanto, que la construcción de la ciudadanía de la Unión no ha sido un proceso pacífico, lejos de ello ha estado salpicado por las reticencias que oponían particularmente ciertos Estados generando ciertos desencuentros y tensiones. Siendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia clave para ir superando los obstáculos que, en general, este estatuto ha encontrado en su recorrido desde su alumbramiento en Maastricht y, en particular, para ir perfilando el complicado vínculo generado entre la ciudadanía europea y las nacionalidades estatales delimitando el alcance de la competencia estatal en materia de nacionalidad cuando esta asociación afecta al disfrute de la libertad de desplazamiento. En definitiva, la labor jurisprudencial del Tribunal de Justicia permite afirmar una “rebaja” paulatina del poder discrecional de los Estados en materia de nacionalidad cuando la decisión estatal en este ámbito implique una traba al ejercicio de la libertad de desplazamiento. De modo que bien podría afirmarse que la mencionada libertad conforma un límite a la soberanía estatal en materia de nacionalidad.

Por otra parte, ser nacional de un Estado miembro no implica, automáticamente, ostentar la condición de ciudadano de la Unión a los efectos previstos en el artículo 21 del TFUE. Así ocurre con los nacionales británicos de las Islas del Canal y de la Isla de Man o con los nacionales daneses de las Islas Feroe. Dicho de otro modo, se considera ciudadano de la Unión a toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro pero de esta premisa no puede deducirse, a sensu contrario, que todo nacional de un Estado parte sea considerado ciudadano europeo.

Y, además, no solo los nacionales de los Estados parte entran dentro del ámbito de aplicación *ratione personae* del derecho. Dicho de otro modo, quien no es nacional de un Estado parte no puede beneficiarse del derecho a la libre circulación y residencia que reconoce el Ordenamiento jurídico de la Unión en calidad de beneficiario principal por no ostentar la condición de ciudadano de la Unión peor sí en su calidad de nacionales de terceros Estados asimilados. Asimilación que se produce por una doble vía: la de los Acuerdos celebrados por la –entonces- Comunidad con terceros Estados; y, la vía del reagrupamiento familiar. Vía esta última sobre la que ha tenido un

importante impacto la doctrina jurisprudencial. En concreto, y de forma muy lacónica, puede afirmarse que por efecto de la jurisprudencia:

En primer lugar, se produce la equiparación de los familiares de ciudadanos europeos españoles a los familiares de ciudadanos europeos no españoles.

En segundo lugar, el término cónyuge como familiar reagrupable se identifica con la persona con la que el reagrupante mantenga un vínculo matrimonial y, a estos efectos, hay que constatar que la situación de separación legal no implica, una separación definitiva del vínculo matrimonial como sí ocurre con la nulidad matrimonial o con el divorcio.

En tercer lugar, se incluye como familiar reagrupable, asimismo, a la pareja con la que se mantenga una unión análoga a la conyugal siempre que conste inscripción de la unión en un registro público habilitado a tales efectos.

Y en cuarto lugar, aunque por vía normativa se exige que el ascendiente como familiar reagrupable esté a cargo del reagrupante, el Tribunal de Justicia en el asunto *RUIZ ZAMBRANO* reconoce el derecho de residencia derivado de los progenitores, nacionales de terceros Estados, de quienes dependen los menores en los que concurre la condición de beneficiarios principales del derecho.

Para finalizar, y a la luz de todo lo expuesto, bien podría afirmarse que junto al beneficiario principal de la libertad de desplazamiento y residencia inherente al estatuto de ciudadanía irrumpen en escena toda una variada gama de beneficiarios del derecho, nacionales de terceros Estados, que quedan asimilados o equiparados al ciudadano de la Unión con relación al régimen aplicable a su disfrute. De modo que si bien es cierto que la creación del estatuto de ciudadanía de la Unión supone romper con el tradicional binomio nacional/extranjero también lo es que resulta excesivamente simplista considerar que solo quien ostenta la condición de ciudadanía de la Unión podrá beneficiarse del derecho a la libre circulación y residencia que ampara el Derecho de la Unión, y ello porque existe una amplia paleta de categorías de eventuales beneficiarios que pueden invocar las disposiciones del Derecho de la Unión en este ámbito.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN HONRUBIA, V., “El derecho de libre circulación y residencia”, en *VXI Jornadas de Estudio. La Constitución española en el ordenamiento jurídico comunitario*, T. II, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, 1995, pp. 1516-1529.

-APRELL LASAGABASTER, M^a. C., “La libertad de residencia y circulación del ciudadano europeo”, en *VXI Jornadas de Estudio. La Constitución española en el ordenamiento jurídico comunitario*, T. II, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, 1995, pp. 1543-1544.

-BLÁZQUEZ PEINADO, M^a. D., *La Ciudadanía de la Unión (Los derechos reconocidos en los artículos 8.A a 8.D del T.C.E.)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

- BLUMANN, CL., “Citoyenneté européenne et champ d’application personnel du droit communautaire”, *Revue des Affaires Européennes*, nº 1, 2003-2004, pp. 73-81.

- CRAIG, P. y DE BURCA, G., *EU Law. Text, cases, and materials*, quinta edición, University Press, Oxford, 2011.

- CLOSA, E., “The concept of citizenship in the Treaty on European Union”, *Common Market Law Review*, nº 29, 1992, pp. 1137-1169.

-COBREROS MENDAZONA, E., “Un ejemplo (más) de la fuerza expansiva del Derecho comunitario: la reciente interpretación del orden público en la expulsión de extranjeros”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 56, septiembre-diciembre, 2001, pp. 271-281.

-CRESPO NAVARRO, E., “La jurisprudencia del TJCE en materia de ciudadanía de la Unión: una interpretación generosa basada en la remisión al derecho nacional y en el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 28, 2007, pp. 883-912.

- DE GROOT, G. R., “The relationship between the nationality legislation of the member States of the European Union and European citizenship”, en M. LA TORRE (Ed.), *European Citizenship an Institutional Challenger*, Kluwer Law International, Netherlands, 1998, pp. 115-147.

-“Conditions for Acquisition of Nationality by Operation of Law or by Lodging a Declaration of Option”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2002, pp. 121-160.

-GARCÍA SÁEZ, J. A., “La concepción de ciudadanía del Tratado de Lisboa en referencia al ideal cosmopolita”, *Astrolabio: Revista Internacional de Filosofía*, nº 9, 2009, pp. 86-95.

-GEORGOPOULOS, TH., “La residence Européenne. Réflexions autour de l’emergence d’un concept nouveau”, *Revue Européenne de Droit Public*, nº 1, vol. 19, 2007, pp. 383-396.

-GOUDAPPEL, F., “From national citizenship to European Union citizenship”, *Revue Européenne de Droit Public*, Vol. 19, nº. 1, 2007, pp. 21-44.

-HABERMAS, J., “Citizenship and national identity”, *The condition of citizenship*, Van Sttenbergen (ed.), Sage, London, 1994, pp. 20-36.

-HALL, S., “Loss of Union Citizenship in Breach of Fundamental Rights”, *European Law Review*, nº 21, 1996, pp. 129-143.

-IGLESIAS SÁNCHEZ, S., “Dos cuestiones suscitadas por la transposición española de la Directiva 2004/38/CE a través del RD 240/2007: el régimen aplicable a los ascendientes de españoles y la extensión del concepto “miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión””, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 28, 2007, pp. 913-939.

-“El asunto Ruíz Zambrano: una nueva aproximación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la ciudadanía de la Unión”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 24, 2011, pp. 1-21.

-JIMÉNEZ DE PARGA MASEDA, P., *El derecho a la libre circulación de las personas físicas en la Europa comunitaria. Desde el Acta Única Europea al Tratado de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 1994.

-JUÁREZ PÉREZ, P., *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

- “Dieciocho años de ciudadanía de la Unión: ¿hacia una figura emancipada?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2010, Vol. 2, nº 2, pp. 261-289.

-KOCHENOV, D., “Case C-135/08, Janko Rottmann v. Freistaat Bayern, Judgement of the Court (Grand Chamber) of 2 March 2010”, *Common Market Law Review*, nº 47, 2010, pp. 1831-1846.

-KOSTAKOPOULOU, D., *The Future Governance of Citizenship*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

- KOVAR, R. y SIMON, D., “La citoyenneté Européenne”, *Cahiers de Droit Européenne*, núms. 3/4, 1993, pp. 285-315.

- LINDE PANIAGUA, E., “La ciudadanía de la Unión Europea. La inmigración en el interior de la Unión”, en LINDE PANIAGUA, E. y MORENO DÍAZ, J.A. (Dirs.), *Inmigración, Extranjería y Asilo*, Colex, Madrid, 2005, pp. 109-134.

-LIÑAN NOGUERAS, J.D., “De la Ciudadanía europea a la ciudadanía de la Unión”, *Gaceta Jurídica de la CEE*, serie D-17, 1992, pp. 63-99.

-LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M., *La nueva Ley de Extranjería. Guía práctica y jurisprudencia*, Colex, 4ª edición, Madrid, 2006.

-MANGAS MARTÍN, A., “La ciudadanía de la Unión Europea”, *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea*, Jornadas celebradas los días 2 y 3 de noviembre de 1992 en la sede de la Universidad en Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Cátedra Joaquín Ruíz-Giménez de Estudios sobre el Defensor del Pueblo, Madrid, 1993, pp. 17-68.

-MARGUERY, T., “La citoyenneté européenne joue-t-elle un rôle dans l’espace pénal de liberté, de sécurité et de justice?”, *Cahiers de Droit Europeen*, Vol. 46, núms. 3-4, 2010, pp. 387-423.

-MARÍN CONSARNAU, D., *La reagrupación familiar en el régimen comunitario: problemas de discriminación inversa*, Bosch, Barcelona, 2010.

-NAVAMUEL GONZÁLEZ, D., “Ciudadanía como categoría en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 3, 2002, pp. 461-465.

-NETTESHEIM, M., “La ciudadanía europea en el Proyecto de Constitución Europea ¿constitución del ideal de una comunidad política de Europeos?”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 125, julio-septiembre, 2004, pp. 211-226.

- ORTEGA GIMÉNEZ, A., “Pluralidad racial e integración de las minorías étnicas en el Reino Unido; en Integración de la población inmigrante en el marco europeo, estatal y autonómico español, R. TUR AUSINA (Dir.), Iustel, Madrid, 2009, pp. 151-183.

-PEÑA PÉREZ, A., “Estatus jurídico de los ascendientes en el actual régimen comunitario: especial referencia a los ascendientes de ciudadano español o de su cónyuge”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 22, año 2009, pp. 83-106.

-PÉREZ MARTÍN, E., “La entrada y residencia de los cónyuges de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea (STJCE de 23 de septiembre de 2003, asunto Akrich, C-109/01)”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 3, 1º semestre, 2004, pp. 123-153.

-RODRÍGUEZ CANDELA, J. L y BOZA MARTÍNEZ, D., “Los españoles también son ciudadanos de la Unión y otras consecuencias de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 26, 2011, pp. 189-203.

-RUSCONI, G.E., “La questione della cittadinanza europea”, en *Diritto Privato Europeo*, L. MOCCIA, Pubblicazioni Centro Altiero Spinelli, 2006-2007, pp. 76-87.

-VERGÉS, J., “Droits fondamentaux et droits de citoyenneté das l’Union Européenne”, *Revue des Affaires Européennes*, nº 4, 1994, pp. 75-97.

-VIÑAS FARRÉ, R., “Libre circulación de personas: limitación por razones de orden público”, *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 2, 205, pp. 262-266.

-ZAPATA BARBERO, R., “Política de inmigración y Unión Europea”, *Claves de Razón Práctica*, nº 104, julio-agosto, 2000, pp. 26-32.